

HØJESTERETS DOM

afsagt fredag den 30. juni 2017

Sag 134/2016

(2. afdeling)

Agilent Technologies Denmark ApS (tidligere Dako Denmark A/S)

(advokat Morten Langer)

mod

Pharmadanmark som mandatar for A

(advokat Arvid Andersen)

I tidligere instans er afsagt dom af SØ- og Handelsretten den 27. maj 2016.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Jytte Scharling, Poul Søgaard, Jon Stokholm, Lars Hjortnæs og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Appellanten, Agilent Technologies Denmark ApS (tidligere Dako Denmark A/S), har påstået frifindelse samt at indstævnte, Pharmadanmark som mandatar for A, skal tilbagebetale 192.462,73 kr., som er betalt til opfyldelse af SØ- og Handelsrettens dom, med nærmere angivne procesrenter.

Pharmadanmark som mandatar for A har påstået stadfæstelse.

Anbringender

Agilent Technologies Denmark ApS har supplerende anført bl.a., at en arbejdsgiver er berettiget til at give en funktionær en fastholdelsesbonus som præmiering for at forblive ansat i en nærmere bestemt periode, når der ikke er tale om omgåelse af reglen i funktionærlovens § 17 a, stk. 1. Hvis bonusordningen er begrundet i objektive forhold, f.eks. hensynet til en vellyk-

ket gennemførelse af omstruktureringer hos arbejdsgiveren, er det ikke omgåelse, jf. herved Højesterets dom i UfR 2012.1315.

Den foreliggende bonusordning falder helt uden for funktionærlovens lønbegreb, idet det er en særligt aftalt ekstraordinær præmiering af A for ikke at opsige sin stilling i den pågældende periode, og idet denne præmiering formelt og reelt er ydet i tillæg til og uden at påvirke de lønde, der indgår i ansættelsesforholdet.

Selv om den foreliggende bonusordning måtte være løn i funktionærlovens forstand, er der ikke tale om en sådan form for løn, som er omfattet af lovens § 17 a, stk. 1. Ordninger som den foreliggende, der klart og tydeligt sikrer funktionæren en yderligere honorering som et rent tillæg til den normale vederlæggelse, er således ikke omfattet af lovens § 17 a, stk. 1, blot fordi tillægget beløbsmæssigt stiger måned for måned inden for en aftalt afgrænset periode. Et sådant stigende løntillæg for en begrænset periode, hvorefter funktionæren falder tilbage til den normale løn, falder uden for § 17 a, stk. 1, idet tillægget ikke ligner tantiemer og gratialer blot som en følge af, at det ifølge bonusaftalen udbetales som en samlet sum ved udløbet af den afgrænsede periode.

Selv om bonusordningen måtte være omfattet både af funktionærlovens generelle lønbegreb og af det snævrere lønbegreb i § 17 a, stk. 1, er As progressivt stigende optjeningsordning ikke i strid med § 17 a, stk. 1, som ikke kan forstås sådan, at absolut proportionalitet er den eneste mulighed, hvis funktionæren fratræder, før bonusperioden er udløbet. I dette tilfælde er der aftalt en progressiv stigning, som var rimeligt begrundet i, at fastholdelsesbehovet og incitamentsbehovet også ville være progressivt stigende gennem den omhandlede periode. Desuden medfører progressiviteten ikke, at A mister noget, men kun, at han får lidt mindre end efter et rent proportionalitetsprincip.

Betingelsen om ”performance” på virksomhedens middelniveau blev alene medtaget i bonusaftalen for at sikre, at de omfattede medarbejdere fortsatte med at løse deres arbejdsopgaver på en rimelig måde, ikke for at de skulle præstere ekstraordinært godt i bonusperioden for at opnå denne bonus. As performance blev honoreret gennem en anden bonusordning, som han også var omfattet af.

Pharmadanmark som mandatar for A har supplerende anført bl.a., at funktionærlovens § 17 a gælder for alle ydelser med udskudt betaling, som en funktionær ifølge aftale eller sædvane kan påregne at modtage fra arbejdsgiveren, uanset om ydelsen kaldes en fastholdelsesbonus.

Den snævre mulighed for undtagelser herfra, som kan udledes af Højesterets dom i UfR 2012.1315, omfatter ikke det foreliggende tilfælde, hvor der ikke forelå meget tungtvejende, objektive og på forhånd meddelte grunde til den progressive stigning i løbet af optjeningsperioden.

Der er ikke som i den nævnte højesteretsdom tale om, at den pågældende stilling skulle nedlægges ved udløbet af bonusperioden, og allerede derfor foreligger der ikke sådanne tungtvejende grunde til en progressivt stigende optjening, at der er grundlag for ikke at anvende funktionærlovens § 17 a, stk. 1.

Endvidere fremgår det af den omhandlede bonusaftale, at udbetaling af bonus bl.a. afhang af As personlige ”performance”, som skulle være tilfredsstillende, hvilket Agilent Technologies Denmark kunne vurdere frit.

Virksomheden har heller ikke løftet bevisbyrden som arbejdsgiver og koncipist af bonusaftalen for, at bonusordningen ikke blot var begrundet i et mere generelt fastholdelsesønske. Fastholdelsesformålet, som arbejdsgiveren nu påberåber sig, blev ikke tilkendegivet over for A, da aftalen blev indgået, og fremgår heller ikke af den skriftlige aftale. Det kan lægges til grund, at bonusordningen trådte i stedet for en regulering af As løn, og på et tidspunkt blev der endda tilføjet en henvisning til bonusordningen i hans ansættelseskontrakt.

Bonusydelsen kan ikke sidestilles med et midlertidigt stigende løntillæg, fordi udbetalingen af et sådant tillæg ikke er udskudt, men sker løbende.

Udtrykket ”afpasset andel” i funktionærlovens § 17 a, stk. 1, må forstås som en forholdsmæssig andel, hvilket betyder en ligefremt proportional andel.

Forklaringer

Til brug for Højesteret er der afgivet forklaring af Jørgen Andersen og supplerende forklaring af A.

Jørgen Andersen har forklaret bl.a., at han har været ansat som Vice President Global HR (personaledirektør med globalt ansvar) i Dako Denmark. Han blev ansat i Dako i august 2006. Den 1. januar 2015 stoppede han i virksomheden.

Virksomheden arbejder med at diagnosticere cancer. Dako var oprindeligt en familieejet virksomhed. Dako blev i 2006 købt af kapitalfonden EQT. Der var sket et skift, efter at kapitalfonden havde købt Dako, som gik fra at være en hyggelig familievirksomhed til at være en performancedrevet virksomhed.

Dako var en global koncern med hovedcenter i Glostrup. Der var ingen ændringer i ledelsesstrukturen i Dako efter salget til EQT.

Det forandrede sig efter salget af Dako til Agilent i juni 2012. Dako rapporterede nu til hovedkontoret i San Francisco og var ikke længere hovedkvarter, men et "site". Agilent havde over 20.000 medarbejdere, mens Dako havde omkring 1.200.

Det var meningen, at Dako skulle "smelte ind" i Agilent over en vis tid og ikke fra den ene dag til den anden. Produkter og systemer, det finansielle og det HR-mæssige, skulle glide ind i Agilents systemer. Medarbejderne skulle over på Agilents HR- og IT-systemer, herunder Agilents kontraktforhold.

Alle Dakos medarbejdere kom fra den oprindeligt familieejede virksomhed, så der var en bekymring over, hvad der skulle ske ved overgangen. Der kom også ændringer i arbejdsmåden, idet Dako gik over til et helt nyt rapporteringssystem, så alle medarbejderne mærkede overgangen.

Han blev som en del af koncernledelsen bedt om at udarbejde og effektuere en integrationsplan. Han blev også bedt om at blive i Dako i integrationsfasen, der skulle vare to til tre år. Integrationsplanen var en flerårig plan. Agilents direktør mente, at hurtig integration ikke ville

virke, hvilket Dako var enig i. Integrationsplanen blev også fuldført som planlagt – både budget- og timingmæssigt.

En væsentlig del af medarbejderne valgte at stoppe hos Dako. Nogle kunne ikke se sig selv i USA set-up'et, mens andre blev headhuntet til stillinger i andre virksomheder. Dette kom ikke bag på ham, men han blev alligevel overrasket, når det så skete, især når det var nogle af dem, de gerne ville fastholde i virksomheden.

De havde flere muligheder for at forhindre, at folk stoppede. Bl.a. forklarede de medarbejderne, at skiftet ikke ville betyde noget dårligt for dem. For en udvalgt skare tilbød de en retention-bonus.

De forsøgte at begrænse antallet af personer, der fik denne bonus, og det endte med, at der var otte, der fik bonussen. De havde allerede fundet syv personer, og A kom med som nummer otte.

Jakob fik bonussen, fordi han sad med lanceringen af en afgørende maskine, som Dako havde brugt mange ressourcer på. De håbede på, at maskinen kunne gøre dem førende i markedet igen. Projektet, der hed Omnis, var det vigtigste projekt på Dako. Omnis var uden tvivl noget, Agilent havde lagt vægt på ved købet. Maskinen var hurtigere, mindre og mere pålidelig til at diagnosticere, så det var centralt, at den kom ud til hospitalerne. Maskinen var en "game changer". Uden den var Dako bagud i forhold til andre på markedet. Dako havde ikke andre maskiner, der i øvrigt kunne det, konkurrenternes kunne.

I alle de år, han var hos Dako, havde man arbejdet med Omnis-projektet. Det var det andet forsøg på at få en sådan maskine ud på markedet.

Jakob sad med ansvaret for det team, der skulle lancere maskinen på markedet, men han var ikke en del af udviklingen af maskinen. I efteråret 2012/foråret 2013 var de i en kritisk fase af projektet. Jakobs væsentlige rolle var, at han havde ansvaret for udarbejdelsen af "go to market"-strategien og at få udrullet strategien, herunder hvor og hvornår, i hvilke lande og hvad de skulle sige.

Dako kunne ikke tåle et bump eller udsving, som kunne undgås. Jakobs viden var afgørende, hvilket var grunden til, at han fik bonussen.

De syv andre, der også fik en retention-bonus, var ikke kun fra koncernledelsen. Det var også andre specialister, der havde tilknytning til Omnis. Det var folk, der besad en særlig viden og havde evner til at spille en rolle i integrationen.

Jakob havde som den eneste stillet spørgsmål om bonusordningen. Det var alene spørgsmål til ”trappen”, Jakob havde haft, og ikke til, om det betød, at han skulle løbe hurtigere. Det var klart, at bonussen handlede om, at Jakob skulle blive. Jakob skulle ikke lave mere eller mindre, men fortsætte med det, han allerede lavede. De var tilfredse med hans arbejde, og der var intet i måden, Jakob arbejdede på, der indikerede, at han skulle stramme op. De havde brug for kontinuitet. Det forklarede de alle dem, der fik en retention-bonus.

I forhold til det sidste kriterium for bonus, performancekriteriet, havde de talt om, at de ikke ønskede, at bonusordningen skulle blive sådan, at medarbejderne kunne få bonus uden at lave noget. Det var vigtigt for dem, at medarbejderne ydede det, de plejede.

Managementsystemet var et udtryk for den skalering fra 1-5, hvor 1 var ringe, 2 var relativt ringe, 3 var middel, 4 var over middel og 5 var ”outstanding”.

For at få scoren ”3” skulle Jakob som minimum lave det, han havde lavet hidtil. Det var vigtigt for dem, at Jakob ydede det samme, som han plejede, og ikke mindre. Scoren ”3” er ikke en høj score. Det svarer til den almindelige gode medarbejder.

Jakob havde aldrig været i nærheden af en mindre score. For at opfylde ”3” krævede det ikke for nogen af personerne i bonusordningen en performance ud over det sædvanlige. Der var ingen af dem, der fik en retention-bonus, der var i fare for ikke at opfylde performancekriteriet.

I løbet af de tre år, programmet løb, ændrede managementsystemet sig, da de gik over til Agilents performancesystem med færre trin, men man skulle stadig vurdere den enkelte medarbejders præstation.

Han kan ikke huske, hvornår bonusaftalen blev indgået mellem Dako og Jakob, eller hvornår Jakob fik den udleveret. Bonusaftalen blev indgået et par måneder efter de syv andre. Årsagen var, at Dako havde forventet, at salgsdirektøren kunne varetage Jakobs opgaver, men det viste sig efterfølgende, at det kunne hun ikke.

Det var til dels Agilent, der havde taget initiativ til retention-bonusprocessen, men det var ham og direktøren, der havde taget initiativ til udvælgelsesprocessen. De havde allerede inden salget udleveret en liste til Agilent med navne på de personer, der var afgørende. Agilent regnede med, at Dako ville forsøge at holde fast i de medarbejdere. Dako havde ikke budgetteret med det, og det var heller ikke et krav, at de skulle budgettere med at lave stay on-bonusordninger, men de skulle gøre alt, hvad de kunne for at få de pågældende medarbejdere til at blive. Ingen fra Agilent deltog i udvælgelsesprocessen, men de sagde, at det ikke måtte gribe om sig, så Dako skulle ikke komme med en liste på 30-40 mand.

Retention-bonuskontrakten, som bl.a. Jakob fik, er udarbejdet af advokat Morten Langer. Det skulle være et tillæg til ansættelseskontrakterne, så de ikke behøvede at lave nye kontrakter. Tillægget havde nemlig en begrænset løbetid fra 1. januar 2013 til 31. december 2015. Selv om de ikke så det som løn, er enhver form for bonus feriepengeberettiget, og derfor fremgår det af retention-bonuskontrakten, at der skal svares feriepenge.

A har supplerende forklaret bl.a., at han blev Vice President for Global Marketing hos Dako Denmark i august 2012 med det globale marketingsansvar.

Han fik den omhandlede retention-bonus i slutningen af 2012 som konsekvens af et møde mellem C, Jørgen Andersen og ham selv. C var chef for marketing og salg og dermed også hans chef. Under mødet talte de om B, der muligvis skulle være ny marketingchef i USA. B ville have mere i løn, men Jørgen Andersen foreslog, at B fik en retention-bonus i stedet, ”for det havde de gjort med andre”. C sagde til ham, at han også ville få en retention-bonus – ”You’ll get one too”. Han hørte ikke om andre, der også skulle have modtaget en sådan bonus, og han ved ikke, hvornår andre medarbejdere fik retention-bonusser.

Han fik ikke noget at vide om, at bonusordningen var en del af integrationsprocessen. Der var ingen, der fortalte ham, hvorfor han fik bonussen, heller ikke C. Han havde heller ingen specifikke integrationsmål. Han vidste, at Omnis var et vigtigt projekt, men der var ikke blevet kommunikeret noget ud om integrationsprocessen i forbindelse med, at han fik retention-bonussen. Han var ikke bekymret for, om han kunne opnå en ”3’er” i bonusordningen. Han spurgte ind til performancekravet, men han var ikke bekymret for, at han ikke skulle gøre et godt stykke arbejde.

Han og D, der også var Vice President, havde et delt ansvar for Omnis-projektet. D havde eksekveringsansvaret, og han havde som marketingansvarlig kommunikationsansvaret. Det var først i august 2012, da han blev Vice President for marketing, at han selv fik en del af ansvaret for projektet. Han havde to marketingmedarbejdere under sig, som arbejdede sammen med D om Omnis-projektet. De to medarbejdere overgik senere til et europæisk implementeringsteam under en tredje Vice President.

Det var D, der drev implementeringen af projektet og kommunikationen opadtil. D overtog projektet i januar 2013, da hun begyndte at arbejde for C.

Selv om titlen Vice President forsvandt for alle, blev han ved med at have samme funktion og arbejdsopgaver, indtil han blev ansvarlig for FDA-projektet i marts 2014. FDA-projektet havde ikke noget med integrationsprocessen at gøre, men drejede sig om at håndtere en advarsel, som selskabet havde fået fra den amerikanske fødevareadministration.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen angår i første række, om A i medfør af funktionærlovens § 17 a, stk. 1, jf. § 21, stk. 1, har krav på at få udbetalt en afpasset andel af den bonus, han ville have fået udbetalt, hvis han havde været ansat i Agilent Technologies Denmark ApS ved den aftalte bonusperiodes udløb. I givet fald er der endvidere spørgsmål om, hvorvidt kravet om en ”afpasset andel” indebærer, at A kan kræve et større bonusbeløb end det, som følger af optjeningsprincippet i parternes bonusaftale.

Funktionærlovens § 17 a, stk. 1, og aftalt fastholdelsesbonus

Bestemmelsen i funktionærlovens § 17 a, stk. 1, omfatter tilfælde, hvor en funktionær, som ifølge aftale eller sædvane delvis vederlægges med tantieme, gratiale eller lignende ydelser, fratræder sin stilling i løbet af det pågældende regnskabsår eller før, ydelserne i øvrigt udbetales. Bestemmelsen kan ikke ved aftale fraviges til skade for funktionæren, jf. lovens § 21, stk. 1.

Ved Højesterets dom af 30. januar 2012 (UfR 2012.1315) blev det lagt til grund, at den pågældende fastholdelsesbonus under de omstændigheder, der forelå i sagen, måtte anses for reelt alene at være en præmiering af medarbejderen for at forblive i sin stilling indtil det tidspunkt, hvor stillingen skulle nedlægges, og for ikke at være en vederlæggelse af arbejde på samme måde som løn. Derfor kunne bonusydelsen ikke anses for at være et vederlag omfattet af funktionærlovens § 17 a, stk. 1.

As aftalte fastholdelsesbonus ("retention bonus")

Efter bevisførelsen lægger Højesteret til grund, at den aftalte bonus, som var progressivt stigende i perioden, indtil bonusaftalen udløb og udbetaling kunne ske, havde baggrund i, at Agilent Technologies Denmark anså A for en værdifuld medarbejder, som man fandt det meget vigtigt at fastholde i den omhandlede periode i lyset af virksomhedens situation og de opgaver, han havde. Der var ikke tale om, at As stilling skulle nedlægges med et deraf følgende afgørende behov for virksomheden for, at han bestred sin stilling så vidt muligt indtil den sidste dag. Udformningen af bonusordningen, der også var blevet tilbudt nogle andre medarbejdere, var ikke blevet drøftet nærmere med ham.

Bonussens maksimale størrelse var fastsat af virksomheden i forhold til As årsløn. Det fremgik af bonusaftalen, at udbetaling af bonussen bl.a. afhang af virksomhedens vurdering af hans arbejdsmæssige "performance", og at denne vurdering var skønmæssig ("discretionary"). Det var en forudsætning for, at bonussen kunne komme til udbetaling, at virksomheden bedømte hans "performance" til mindst 3 på en skala fra 1 til 5.

Højesteret finder, at der ikke er grundlag for at antage, at fastholdelsesformålet ikke kunne være opnået ved at give A et løntillæg uden udskudt betaling.

Højesteret finder, at den aftalte bonus under de foreliggende omstændigheder reelt ikke kun var en præmiering af A for at forblive i sin stilling indtil bonusperiodens udløb, men at den også var en vederlæggelse for udførelse af arbejde på samme måde som løn.

Da bestemmelsen i funktionærlovens § 17 a, stk. 1, angår vederlag med en udskudt betaling, skal As fastholdelsesbonus ikke ved anvendelsen af bestemmelsen som anført af Agilent Technologies Denmark sidestilles med et midlertidigt og stigende løntillæg uden en sådan udskudt betaling.

Højesteret bemærker endvidere, at det følger af funktionærlovens § 17 a, stk. 1, jf. § 21, stk. 1, at medarbejderen ved fratræden har krav på en andel af den fulde ydelse, som er afpasset i forhold til vedkommendes ansættelsestid, dvs. en forholdsmæssig andel.

På den anførte baggrund finder Højesteret, at A ved sin fratræden havde krav på at få udbetalt den opgjorte forholdsmæssige andel af den bonus, han ville have fået udbetalt, hvis han havde været ansat i Agilent Technologies Denmark ved den aftalte optjeningsperiodes udløb.

Konklusion

Højesteret stadfæster herefter dommen.

Thi kendes for ret:

Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Agilent Technologies Denmark ApS betale 30.000 kr. til Pharmadanmark som mandatar for A.

Det idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.